530 51

✠

IESVS

MARIA *IOSEPH*

POR

DON LVIS FRANCISCO de Guzman Ortiz de Zuñiga,

CON

DON PEDRO MELGAREJO de Guzman,

Y

D. FRANCISCO GARCI-TELLO de Eslaba;

SOBRE

LOS BIENES DEL VINCVLO, Y mayorazgo que fundò Don Pedro de Guzman, y se pretende en contrario aver vacado por muerte de Doña Francisca de Cespedes, Marquesa que fue de Cardeñosa, y Valencina.

EN RESPVESTA

DE LAS INFORMACIONES EN derecho, dadas por los dichos Don Pedro Melgarejo, y Don Francisco Garci-Tello.

A LA

1 LA pretenſion de Don Luis Franciſco de Guzman, y Don Iuan Moreno Enriquez ſu curador ad litem, es, que los bienes del dicho vinculo, fundado por Don Pedro de Guzman, quedaron libres, y ſin gravamen en la dicha Doña Franciſca de Ceſpedes, por auer muerto ſin hijos, ni deſcendientes algunos, y ſer la vltima de los llamados en la fundacion; y por eſta razon pudo diſponer dellos, y dexarlos (como los dexò) al dicho D. Luis Franciſco de Guzman: Y q̃ aſsi, el Conſejo ſe ha de ſervir de declarar no aver lugar el remedio de tenuta, intentado por los dichos Don Pedro Melgarejo, y Don Franciſco Garci-Tello,

2 Eſta pretenſion ſe funda en probar, que la dicha Doña Franciſca de Ceſpedes pudo diſponer, como diſpuſo, por el poder que diò para teſtar al Marquès de Valencina Don Alonſo Ortiz de Zuñiga en 4. de Mayo de 1658. y por el teſtamento, que conforme a èl otorgò en 26. de Iunio del miſmo año, dexando los dichos bienes por ſuyos, y nombrando por ſu heredero en ellos al dicho Don Luis Franciſco; porq̃ ſiendo eſta diſpoſicion conforme a derecho, ceſſa el remedio de tenuta, y por el conſiguiente las pretenſiones de ambos opoſitores.

3 Y aunque en el papel que ſe ha dado a V. S. eſcrito por el Doctor D. Pedro Muñoz de los Diez, Vicario general del Arçobiſpado de Sevilla, eſtà comprobado eſte intento mui baſtantemente, y ajuſtado, y exornado con todos los fundamentos legales que ay en derecho, y ſe pueden ponderar para el caſo, con toda erudicion, y magiſterio: ſin embargo, como ſe ha eſcrito por las partes contrarias, ſobre lo que a la viſta del pleito ſe hablò: ha parecido cõveniente (para que la juſticia de Don Luis Franciſco de Guzman ſe

acla-

aclare mas) ſatisfacer a las razones en que ſe fundan.

4 Y porque en ſus papeles ſe trata de legitimar cada vno ſu perſona, para incluirſe en el llamamiento legal que pretenden tener en la fundacion q̃ hizo Don Pedro de Guzman en Don Franciſco Melgarejo de Guzman ſu primo, y ſus deſcendientes; y luego de excluir reciprocamente cada vno la pretenſion contraria, y juntamente la de Don Luis Franciſco, por dezir, que los bienes no quedaron libres en la dicha Marqueſa. En eſte papel ſe fundaràn dos articulos correſpondientes al derecho que toca a Don Luis Franciſco de Guzman en eſta forma.

5 El primero, moſtrando, que los dichos Don Pedro Melgarejo, y D. Franciſco Garcì-Tello no han legitimado ſus perſonas, para poder introducir la demanda de tenuta ſobre los dichos bienes que han introducido contra mi parte: Con que ſiendo reo, y eſtãdo en poſſeſsion, deve ſer abſuelto (dexando las razones particulares de excluirſe vno a otro, por no importar eſto, ni conducir al derecho del dicho Don Luis Franciſco de Guzman, que ſiendo bienes de mayorazgo no puede pretender derecho en ellos.

6 El ſegundo, ſatisſaciendo a las opoſiciones que ſe hazen en lo principal, que es ſi ſe acabò el vinculo, y prohibicion de enagenacion en Doña Franciſca de Ceſpedes, Marqueſa de Cardeñoſa, ò deve paſſar a los tranſverſales; caſo que las partes contrarias probaſſen ſerlo, y de la familia del fundador, ò vltimo poſſeedor.

ARTICVLO PRIMERO.

7 EN eſte articulo ſe trata de excluir la legitimacion de las perſonas de los opoſito

res

res,con que han pretendido poner ſus demandes de te nuta,porque ſi ſe ajuſtàſe no aver comprobado ſer de la familia del fundador,ni del vltimo poſſeedor.(aun caſo negado que no fueran los bienes libres)no pudiẽ do tener entrada,ni derecho para pedirlos,y quitarlos a Don Luis Franciſco de Guzman, que los eſtà poſse-yendo en virtud de titulo tan legitimo, como es la inſ titucion hecha en el teſtamento dela dicha Marqueſa, y de ſu Comiſſario,en virtud de ſu poder: Eſto baſtàra para abſolverle, *l.vti frui.ff.ſi vſus fructus petatur*, ibi: *Vincent eo iure,quo poſſeſſores ſunt potiores licèt nullum ius habeant,l.fin.C.de rei vindicat.l.2.C.de prob.§.retinendæ, Inſtit.de interdict.*ibi: *Commodum autem poſſidendi in eo eſt,quod etiam ſi eius res non ſit qui poſsidet, ſi modo actor non potuerit ſuam eſſe probare, remanet in ſuo loco poſſeſsio,propter quam cauſam cũ obſcura ſunt vtriuſque iura contra potitorem iudicari ſolet.* Bart. *in l.1.§.non autem,ff.de bon. poſſeſs.* Iaſon *in l.fin. C. de edicto Divi Andran,col.penult.* Saly ceto, *ibidem,n.*22 Tiraquel.*de iur.primog.quæſt.*17.*num.* 11. Peregrin. *de fideicommiſs.art.*48.*n.*24. Argelus *de legit. contradict.quæſt.*2.*art.*3.*num.*138.*&* 139. Deſuerte, que como el actor, que quiere pedir no legitime ſu perſona, y derecho, no puede obtener contra el que poſſee, aun que ſea ſin èl.

8 Porque eſta es la fuerza dela poſſeſsion, y es llano, que el que la tiene ha meneſter menos para ſu defenſa, vt ſingularitèr probatur *in l.qui ex liberis* 11. *§.teſtamento, in fin.ff. de bon. poſſeſs.ſecund.tabul.* donde el teſtamento, que no baſtaua para pedir la poſſeſſion, ſe tiene por baſtante para cõſervarla, *& ibi gloſſ.* verb.*conſtitui*, & Bart. *in ſummario*, y todo lo q̃ ſe alega por ſu parte tiene mas fuerza, y eficacia, como en la hembra poſſeedora a quien quieren los varones quitar el mayorazgo, lo põderan los Addicionadores del

ſe-

señor Molina *lib.3.de Hispan.primog.cap.4.num.38.* his verbis: *Hæc sententia proculdubio verissima est, & fortius si filia reperiatur in possessione bonorum, quia tunc in modum exceptionis fortiora sunt iura, quæ pro fœmina adducuntur.*

9 Y la excepcion Tua non interst, dicitur litis finitæ, *l.loci corpus, §.competit, ff.si servitus vindicetur, l.posthumus, §.si quis ex his, ff.de inofficios.testament.* Decius *consf.302.num.4.& 5.* Surdus *decis.52.num.2.* Cavalo *cons.86.vol.1.* Castill.*de vsufructu, lib.1.cap.34.num.8.* Giurb.*decis.17.num.16.* Cæsar Argelus *de legitim.contradict.q.2.art.5.n.168.*

10 Y le es preciso a Don Luis Francisco de Guzman valerse de las razones que cada vno de los opositores propone contra el otro para esta exclusion.

OPOSICIONES CONTRA D. PEDRO Melgarejo.

11 LO primero se opone a D. Pedro Melgarejo, que asi la executoria, como los demàs instrumentos en que se funda para querer probar auer sido Don Pedro de Guzman Melgarejo, *num.* 3. del arbol, hermano legitimo de Don Alonso Perez Melgarejo, *num.*4. hijos ambos de Don Rodrigo Mesia Melgarejo, y D. Maria de Guzman, *num.*1. no se han sacado con provision, y mandato del Consejo, ni con citacion de las partes que litigan en este pleyto, con que no se pueden estimar, ni hazen fee alguna en èl contra ellos, vt notant omnes DD. *in cap.cum P.Tabellio, de fide instrument.cap.fin.eodem, cap.cum dilecta, de confirmat.vtil.vel inutil.l.gesta, C. de re iudic.* Bart.Bald.Alex.Paul.Iason. & reliqui *in authentic.si quis in aliquo documento, C.de edendo,* Abbas, & reli-

qui DD. *in cap.* 1. *de fide instrum.* & *in cap. Abbate sane, de verbor. significat.* D. Covarr. *in pract. cap.* 21. *n.* 3. Gregor. Lopez *in l.* 118. *tit.* 18. *part.* 3. *gloss. fin.* Parlador. *lib.* 2. *rer. quotid. c. fin.* 1. *part* §. 12. *n.* 18. & 19.

12 Lo segundo, que aunque por esta razon estàn redarguidos de falsos, no se han comprobado, y assi segun la *l.* 115. *dict. tit.* 18. *part.* 3. non deben valer, ni ser creidos en juyzio, quod etiam sequuntur Paz *in prax.* 1. *tom. part.* 4. *cap.* 3. *num.* 16. *ad fin.* Parlador. *lib.* 2. *rer. quotid. cap. fin.* 1. *part.* §. 11. *num.* 14. vbi citat Roderic. Suarez, Menoch. *lib.* 2. *præsumpt.* 78. *num.* 2. Mascard. *de probat. conclus.* 1097. *num.* 1. Pacianus *de probat. lib.* 2. *cap.* 21. *num.* 23. bene Gonçalez *ad reg.* 8. *Chancell. gloss.* 64. *n.* 6. vbi adducit *d. l. partit.* 115. Pareja *de instrum. edit. tit.* 1. *res.* 3. §. 2. *n.* 33 & *seqq.*

13 Y no se sana este defecto con dezir, como se dize por Don Pedro Melgarejo en su alegacion, *n.* 34. que el ser los instrumentos redarguidos antiguos de mas de cien años, los relieva de comprobacion, trayendo para ello a Gregorio Lopez *in dict. l.* 115. *gloss.* 5. verb. *Non debe valer*, y otras autoridades.

14 Porque esta proposicion no es tan cierta como se supone, ni se prueba por las autoridades que se traen.

15 Y empeçando por la *l.* 115. que es la que oy se debe observar, esta claramente determinado, que aunque los instrumentos que se presentā sean publicos, si la parte contraria dize contra ellos que no deben ser creidos, porque aquel que la fizo, é cuyo nōbre esta escrito en la carta non es Escrivano publico, el que los presenta debe comprobarlos; y auer auido tal Escrivano, y ser legal, y que sino, no valen, determinandolo absolutamente, y sin diferencia de que sean antiguos, o modernos, ibi: *Mas si alguna de ellas non*

pu-

pudiesse probar, non debe valer, ni ser creida en juyzio.

16 Y aunque Gregorio Lopez en la *gloss. 5.* dize: *Intellige nisi instrumenta essent multum antiquas secundum Bald. in l. comparationes, col. penult. C. de fide instrum. & ibi etiam Salicet.* Visto el lugar original de Baldo desde el *num.* 22. hablando del instrumento cierto, y verdadero, que se debe buscar, para hazer la comparacion, dize, que si no puede hallarse propter distãtiam loci, vel propter temporis antiquitatem fides eius perit. Y en el *num.* 25. formando la question in scholari, qui de longinquis partibus portat instrumentum cuius authoritas negatur, les aconseja, que sint cauti quando portant literas testimoniales, quod ille sit Notarius, & legalis. Y luego añade: *Sed ista cautella non cadit in instrumentis multum antiquis; tamen eis credendum dico, quia maior fides adhibetur mortuis incorruptibiles enim sunt, &c.* Y tambien lo dixo *in authent. quas actiones, num.* 19. *C. de Sacros. Eccles.*

17 Pero la *addicion* in *d. l. comparationes, litt. G.* tiene por mas cierto con Antonio de Butrio, que aũ en los instrumentos antiguos es necessario probar auer sido Notario ante quien passò, aunque sea solo por fama, ita enim ait: *Sed Antonius de Butrio in cap. extra, de fide instrum. Videtur tenere, quod in istis instrumentis antiquis requiratur probare quem esse Notariũ per famam, quod plus placet.*

18 Y los mas Autores que se citan en la informacion contraria, *num.* 36. como son Covarrub. *in pract. cap.* 21. *num.* 7. *in princip.* Escobar *de purit. p.* 1. *q.* 15. *§.* 3. *num.* 22. *& seqq.* y Pareja *de instrum. edit. tit.* 1. *resol.* 3. *§.* 3. *num.* 48. hablan de los traslados sacados de los instrumentos, si por la antiguedad del tiempo se presume aver sido Escrivano el que le sacò: y aũ en este caso dizen, que juntamente con la antiguedad han de concurrir otros adminiculos, para que puedan probar.

Y quan-

19 Y quando fuera cierta la proposicion q̃ se quiere fundar, de que el instrumento antiguo tuviera por si tal presumpcion, que no importara redarguirle de falso para quitarle la fee; esta se debe entender, y solo puede proceder con algunas declaraciones: La primera, que de la antiguedad conste aliter, quam ex instrumentorum inspectione, quia qui instrumentum falsum fabricat, efficere potest, vt ita conficiatur, vt apparenter videatur antiquum Rota per Puteum *decis.* 186.*num.*2.*lib.*3.*in* 2.*edit.* ibi: *Quia quod instrumentum esset antiquum non probatur ex sola data cum potuisset fieri de novo sub illa data*, sequitur Ludovisius *decis.* 393.*num.*2.& ibi Addition.*litt.* *A.* Rota *decis.* 187.*n.*10.& 11.*tom.*5.*in recent. edito anno* 1636. Burat.*decis.*290.*n.*8.& *ibi Addit litt.C.*

20 La segunda, que la antiguedad no ha de ser de menos de cien años, Rota *apud Puteum decis.* 251.*lib.*1.& *decis.*185.*post principium*, *part.*1.*diversor.* vbi dicitur quod Rota solet tenere hanc opinioñẽ, *Addit. ad Ludov. decis.*3.*n.*7.& cũ eis D.Pet.Noguer. *alleg.*25.*n.*319. Pareja *de vnivers. instrum. edit. tit.*7. *resol.*9.*n.*68. Escob.*de purit. sang.*1.*p* *q.*15.§.3.*n.*50.

21 La tercera, que demas de la antiguedad concurran otros adminiculos, como son la fama, y comun opinion de que fue tal Escrivano aquel de quien parecen autorizados los instrumentos, ò otros, Corn. *cons.*142.*num.*2.*lib.*3.& *cons.*24.*lib.*4 Crauet.*de antiquit. temporum*, 3.*part. sect. Vidimus in genere, num.* 3.*fol.*123. Capic. Galeot.*tom.*2.*controv.* 53.*num.*27. & *seqq.* vbi dicit antiquitati instrumenti non esse dãdam tantam authoritatem, vt omnia suppleat Covarrub.*in dict. vers. Secundus casus*, ibi: *Nam vbi cum antiquitate temporis simul adeunt alia adminicula, nempe communis opinio, & fama Tabellionatus dubio procul sufficeret hoc ad præsumendum Tabellionatum,*

D.

D. Petrus Noguer. *dict. allegat.* 25. *num.* 256. Pareja *de vniverſ. inſtrument. edict. tit.* 1. *reſolut.* 3. §. 3. *n.* 49. vbi cum Molin. Theologo, *diſput.* 638. *num.* 3. *pro adminiculo exempli inſtrumenti antiquiſsimi ponderat, quando ita fuit obſervatum, & ſecundum eius tenorem ſæpius iudicatum.* Y aſsi, faltando todas eſtas circunſtãcias en los dichos inſtrumentos, no puede la antiguedad ſola, que ſe pondera, ſuplirlas, ni darles la autoridad, y ſolemnidad neceſſaria para ſu valor.

22 Lo tercero que ſe dize contra Don Pedro Melgarejo es, que aunque fuera corriente la propoſicion que ſe ha querido fundar por ſu parte, de que la redarguicion no quita la fuerza, ni la autoridad a los inſtrumentos antiguos: y que aſsi ſe aya de eſtar a los que ha preſentado, ſegun ellos, no ſe juſtifica, ni comprueba la legitimacion de ſu perſona, ni la deſcendencia que pretende tener para trauar el parenteſco; porque como eſtà advertido en la informacion en derecho de Don Franciſco Garci-Tello, *num.* 6. es conſtante que ay mucha contradicion, y variedad enlos nombres de los padres, y abuelos que dà D. Pedro Melgarejo: Por que fundãdoſe para la demanda de tenuta, aſsi en ella, como en los demàs alegatos, en que es hijo de Don Luis Melgarejo, *n.* 9. del Arbol, y D. Luis hijo de Don Pedro Guzman Melgarejo, y de Doña Iſabel de Cadiz, hermano que ſe dize aver ſido el dicho D. Pedro de Don Alonſo Perez Melgarejo, *n.* 4. hijos de D. Rodrigo Meſia Melgarejo, y de Doña Maria de Guzman, *n.* 1. y que eſte Don Alonſo Perez, *n.* 4. fue padre de D. Franciſco Melgarejo, *n.* 10. primer llamado: Con que quiere hazer primos hermanos a eſte, y a Don Pedro de Guzman, *n.* 3. Y debiendo probar eſto, en ninguna manera ſe ajuſta por los inſtrumentos; porque enel teſtamento que preſenta de Don Luis Melgarejo, *n.* 9. ſu padre, declara por ſus hijos a Doña Iſabel de Ca-

diz, Don Pedro de Guzman, y Don Marcos, siendo assi, que en la relacion se supone aver sido Doña Isabel de Cadiz su abuela, y no solo està la diversidad enesto, sino en q̃ diziendose en ella tãbien, q̃ su madre, muger de D. Luis Melgarejo su padre, se llamava D. Estefania de Tous: En el dicho testamento Don Luis dize, que su muger se llamava Doña Estefania de Melgarejo; y diziendo assimismo en la relacion de la demanda, que Don Pedro de Guzman su abuelo, *n.* 3. era hermano de Don Alonso Melgarejo de Guzman: Don Pedro dize, que su hermano se llamava D. Alonso Perez Melgarejo.

23 Y qualquier duda, diversidad, ò oposicion que aya en quanto a la descendencia, basta para que el que se funda en ella no pueda obtener; por ser, como es cierto, que la identidad de las personas, de que se pretende formar, y travar la derivacion, y la legitimacion de los actores, se ha, y deve mostrar, y probar clara, y concluyentemente, *ex cap. licèt ex quadam, de testibus*, Alexand. *conf. 82. in causa vertenti, num. 1. lib. 1.* quem sequitur Decius, *cons. 321. & cons. 524. & in c postremo, de appellat.* Caldas Pereyra *de renovat. emphyteut quæst. 17. num. 35.* D. Covarr. *libr. 2. var. cap. 6. num.* 6. vers. *Tertiò ab eadem radice*, Pacianus *de probat. lib. 2. cap. 12 num. 43. & seqq.* Osascus, *cons. 8. n. 9.* Antonius Peregrinus *de fideicommiss. art. 43. num. 63.* vbi dicit, quod probatio concludens esse debet in gradu certo, & cum alijs Cevallos, *commun. cont. commun. quæst. 778. num. 50.* Mieres *de maiorat. 2. part. q. 7. num.* 58. Don Iuan del Castill. *lib. 5. controvers. cap. 67. num. 43. & lib. 6. cap. 122. n. 1. & seqq. & cap. 123. vbi late.* Y que la identidad de las personas, y cosas que se quieren probar con instrumentos antiguos, ha de resultar tan clara, que se haga perfecta demonstració de cada sugeto, probatur *in l. 1. C. si vnus ex pluribus appell.*

appell. Bart. *in l. inter stipulantem, §. 1. num. 3. de verb. obligat.* Iason *in l. nam hoc, num. 12. C. vnde legitimi,* Menoch. *de præsumpt. lib. 6. præsumpt. 15. n. 3. & sequentib. & consi. 21. num. 32. libr. 1.* Fulvius Pacianus *de probat. lib. 2. cap. 15. num. 19. & 20.* Petrus Surdus, *decis. 55. num. 1.* Estephanus Gratianus, *decis. Marchiæ 148. num. 2. & tom. 4. disceptat. forens. cap. 790. num. 4.* & cum alijs Escobar *de puritate sanguinis, q. 16. num. 6.* ibi: *Quare identitas personarum, & rerum, quæ ex antiquis petuntur instrumentis, est ita demonstrãda, vt eius certitudo perfectè demonstretur.*

24 Y quando se pretende probar con instrumentos, como en este caso, no basta que aya vn instrumento antiguo de cada grado, que son menester alomenos dos de diferentes personas, y que sean graves, y sin sospecha, vt per Aretin. *in cap. cum causam, de probation. num. 22.* & ibi Felin. *num. 4.* Alexand. *cons. 50. num. 5. & 6. & cons. 89. num. 2. & 3. vol. 5.* vbi dicit, vnum, vel duo instrumenta non sufficere, Bald. *in l. optima. C. de contrahẽd. & commit. stipulat.* Iason, *consil. 81.* Craveta *de antiq. tempor. part. 1. à num. 76.* Cacheran. *cons. 8. num. 10.* ibi: *Secunda communis conclusio est, quod in probanda consanguinitate antiqua ex verbis enuntiativis instrumentorum antiquorum, non sufficit vnum instrumentum antiquum in singulo gradu, sed plura requiruntur, &c.* & ibi latè comprobat Peregrin. *de fideicom. art. 43. num. 84.* Marescot. *lib. 1. variar. cap. 10. num. 6.* Genua *de verbis enũtiativis, lib. 2. cap. 1. num. 63. & 85.* Capicius Galeota *tomo 2. controv. 53. num. 32.* D. Petrus Noguerol *allegat. 25. num. 258.* vbi alios refert Escobar *de purit. sang. dicta q. 15. §. 3. num. 57. & seqq.*

25 De que resulta no poder obtener D. Pedro Melgarejo contra D. Luis Francisco de Guzman.

OPO-

OPOSICIONES CONTRA DON *Francisco Garci-Tello.*

26 DOn Francisco debe medir su derecho por las mismas reglas, y disposiciones, que quiere regular el de D. Pedro Melgarejo, vt statuit Cõsultus, *in l. 1. & toto tit. ff. quod quisque iuris in alium statuerit, & ipse eodem iure vtatur*, ibi: *Hoc edictum summam habet æquitatem, & sine cuiusquam indignatione iusta; Quis enim aspernabitur, idẽ ius sibi dici, quod ipse alijs dicit, vel dici efficit*, Tiraq. *de retract. §. 1. gl. 13. n. 6.* vbi refert ex Aristotele *legem Radhamanti ad idem: Si quod quisque facit idem patiatur, & ipse, id iustum fiet deniq; iudicium*, & probatur *in c. cũ omnes, §. statuerunt, vers. Cum igitur, de constitut.*

27 Y assi debe justificar su descendencia travando, y vniendo todos los grados por donde forma el parentesco, iuxta tradita per DD. *in dicto cap. licet ex quadam, de quibus supra n. 23.*

28 Y aunque pretenda tener probada la descendencia de Doña Iuana de Sandobal, hermana que dize fue de Don Pedro de Guzman fundador, hasta D. Damiana Tello, a quien dà por madre, falta en esta prueba, por no tener ajustado, ni verificado ser su hijo; y faltando la cõnexion, y travaçon en qualquier grado, aliorum graduum consequentia destruitur, *d. cap. licet ex quadam, de testibus*, ibi: *Singulos gradus, &c.* Bald. post Innocent. *in cap. serie, num. 1. & 3. eodem tit.* Decius *cons. 321. num. 6. & 7.* Cępol. *cons. 43. num. 3. & 4. in civilibus*, Riccius *in praxi iuris patronatus, decis. 155. & decis. 201.* Mantica *decis. 88. n. 2.* cuius verba, & alterius decisionis Rotæ adducit D. Petrus Noguerol *allegat. 25. num. 290.* Y assi faltando esta calidad, que es la principal, y la mas facil de averse probado, no puede obtener Don Francisco

Gar-

ci-Tello, aun quando tuviera justicia en lo principal.

29 Y no se puede sanar esto por los papeles q̃ pretende Don Francisco aver presentado, referidos en su informacion en derecho, num. 19. que dize son fee del Bautismo; y el testamento de Doña Damiana Tello, en que dize le nombra por su hijo, y otros papeles; Porque se responde:

30 Que es llano, y constante, que al tiempo de la vista no estavan en los autos, ni se hizo relacion de ellos, con que aviendose presentado despues de cõcluso el pleyto, no se pueden estimar para efecto alguno, vt probatur *in cap. cum dilectus, de fide instrumēt.* vbi Innocent. & reliqui DD. Bald. *in l. fin. colum.* 12. vers. *Sed dubitatur, C. de edicto Divi Adr. toll.* Alex. *cons.* 43. *col. fin. vol.* 4.

31 Et de iure Regio probatur *in l.* 34. *tit.* 16. *p.* 3. que prueba, que los testigos no se pueden recibir passados los plazos de los terminos de la prueba; y cõcluye: *Mas si los plazos fuessen passados, non se los debē despues recibir, salvo ende carta, ò instrumento, cà esto bien se lo puede recibir ante de las razones cerradas*; y Gregor. Lop. ibi, *gloss.* 5. dize, que despues de concluso el negocio, ni el juez de su oficio puede recibir los instrumentos, que se presentan: *Et nota, quod post conclusionem, neque ex officio suo potest iudex instrumenta, quæ producantur recipere.*

32 Y aunque por las leyes 1. *y* 2. *tit.* 5. *lib.* 4. *Recopil.* se determinan, y señalan ciertos plazos, y tiēpos, assi al actor, como al reo, para la presentacion de las escrituras, y instrumentos, de que se pretendieren valer para fundamento, ò prueba de su intencion, ò excepciones, en cuyos terminos habla Carleval *de iudicijs, tom.* 2. *lib.* 1. *tit.* 2. *disput.* 4. *num.* 20. el estilo, y practica comun de los Tribunales le ha alterado, y se-

gun el, se permite à ambos presentar qualesquier instrumentos en todo el discurso del pleyto, hasta la cõclusion de la causa, que tambien la *l.* 1. *in fin.* lo permitiò, passado el termino de los veinte dias, que alli señala, con juramento de que nuevamẽte las huvo, y que antes no las tenia, ni sabia de ellas, Dom. Covarrub. *in practic. cap.* 20. *num.* 8. que dize, que hasta la conclusion de la causa se pueden presentar, etiam sine juramento, ibi: *Hodie tamen receptum est posse instrumenta qualibet ab actore, vel reo proferri in iudicium, quocumque litis tempore vsque ad causæ conclusionem, quæ fuerit facta, vt statim diffinitiva pronuntietur sententia, etiam nullo præstito iuramento*, Paz *in praxi tom.* 1. 1. *partis tempore*, 8. *num.* 143. & 144. vbi se remittit ad resolutionem, quam tradiderat 7. *tempore*, *num.* 34. donde aviendo puesto la disposicion de la *ley* 2. *tit.* 5. *lib.* 4. *Recop.* añade: *Quàm dispositionem stylus forensis non recipit, sed in quacumque parte litis, vsque ad conclusionem causæ instrumenta, tàm ab actore, quàm à reo producta admittit iuxta dispositionem iuris communis, in cap. cum dilectus extra. de fide instrumentorum, quàm praxim, & stylum refert Covarrub. in practicis quæst. cap.* 20. *num.* 8. *Azeved. in l.* 1. *tit.* 9. *lib.* 4. *novæ Recopil. num.* 3. ibi: *Hodie tamen practica communis habet, tàm coram iudicibus inferioribus, quàm coram superioribus admitti instrumenta, quamvis cum primò non præsententur libello, imò, & vsque ad conclusionem in causa exclusivè admittuntur partes ad illa præsentãda, quamvis nullum adhibeatur iuramentum, neque alia fiat diligentia, quæ per legem tertiam, infra isto titulo iubebatur, vt fieret*, & alij relati a Barbos. *in collect. ad d. caput cùm dilectus, n.* 2. & 3.

33 Y esto procedia tambien de iure Canonico, ex dicto cap. cum dilectus, de fide instrumentorũ, segun le declara, y limita Diego Perez *in l.* 6. *tit.* 11. *lib.*

lib.3.ordinam.gloss.1. y con el Azeved.*in l.3.tit.9.lib.4.Recop.num.1.*ibi: *Secundum, quod ius Canonicum; vsque ad conclusionem tãtum producenda erant instrumenta secundum Glossatorem Salmantinis in l.6.tit.11.gloss.1.lib.3.ordin.ita declarantem, & limitantem, text.in cap.cum dilectus, de fide instrum.*

34 De suerte, que ante conclusionem causæ, aunque sea passados los terminos de oponer las excepciones, y de prueba, pueden presentarse los instrumẽtos, in quacumque parte litis; con juramento de aver venido de nuevo a su noticia; y en esto no ay duda, ni controversia, como dize Covarr. *d.c.20.num.*8. ibi: *Nec in hoc vlla potest contingere dubitatio, aut controversia:* y este no es nuestro caso, porque se presẽtaron estos instrumentos, no solo per conclusionem causæ, sino aun despues de la vista, en el qual dixo Rovito muy a nuestro proposito *super pragm.3.de iurisdictionibus invicem non turbandis, num.103. adversus hoc Ecclesia plura replicat: Primò has scripturas non esse ponendas in processu, qui tandiu extat conclusus, & relatus, quod procedit dispositione iuris ritus; ac communis styli S.C. vti testatur Maranta in suo speculo part.6.in octavo actu, n.47.c.126.* Y en el caso de presentarse los instrumentos post conclusionem causæ, prosigue Covarrub. *vbi proximè*; que es la duda, *quæ tamen frequentissimè contingit vbi instrumenta proferuntur post conclusionem in causa.*

35 Y en ella, refiriendo la doctrina de Bart. *in l.admonendi, n.3.de iur.iurand.* y a Rodrigo Suar. *allegat.5.num.*8.que le refiere, y sigue, dize Covarr. con ellos, que la opinion de que instrumenta sunt admittenda, etiam post conclusionem in causa, vbi qui ea profert in iudicium, durat novissimè ea fuisse reperta, nec prius in eius cognitionem ea venisse facta, tamen diligenti inquisitione plurimum authoritatis

ha-

habet,& recepta est apud Regia Tribunalia; y sin embargo advierte vna cosa muy digna de reparo: *Tametsi viderim sæpissimè locum ex hoc fieri multis fraudibus, dolis, & litigantium calumnijs, vt tandem admonendi iudices sint causæ, hæc instrumenta post conclusionem in causa forè admittenda, quæ passim absque vllo iuramento ante causæ conclusionem admittuntur.*

36 Y lo mismo dizen Didacus Perez *in loco proximè citato*, si instrumenta esse de novo reperta post conclusionem in causa declarando; assi tambien el *c. cum dilectus, de fide instrum.* y la *authentica iubemus, C. de iudicijs*, Ceuall. *comm. contra communes, q. 650. num. 1*, ibi: *Hodie tamen in quacumque parte litis admittuntur instrumenta cùm iuramento producentis, quod de novo ad eius notitiam venerunt*, Azeved. *in l. 1. tit. 2. lib. 4. Recop. n. 4. & in l. 1. tit. 9. eod. lib. 4. nu. 4. & in l. 3. eodem tit. & lib.*

37 Y assi para que pueda presentarse, y admitirse el instrumento despues de concluso el pleyto, es calidad precisa que interuenga juramento de la parte que le presenta de aver llegado de nuevo a su noticia, y no averlos podido presentar antes; y sin el no se admiten, segun estas resoluciones.

38 Por las quales no le puede aprovechar en nuestro caso a Don Francisco Garci-Tello la presentacion, porque falta este requisito, que es tan necessario, pues aunque su Procurador quando los presentò hiziesse el juramento, tampoco basta; porque era necessario para ello presentar juntamente poder especial para hazerle, el qual no tiene, ni ha presentado; cõ que no pueden admitirse, ni obrar efecto alguno los dichos instrumentos, en que no ay duda, ni question, como lo resuelve Covarrub. *in eodem num.* 8. refiriendo averse determinado assi por decreto general en la Real Chancilleria de Granada el año de 1550. ibi: *Esta-*

tamen hac in re omnino adnotandum esse necessariũ mandatum speciale ad præstandum hoc iuramẽtum, speciale inquam vt procurator iuret nomine Domini, & in eius animam, quod aiunt illa instrumenta novissime a Domino reperta fuisse, nec potuisse prius eorum cognitionem habere facta diligenti per eum Inquisitione, atque ita in hoc Granatensi Pretorio anno 1550. generali decreto definitum fuit, & id iure quidem: Nam adiurandum speciale mandatum necessarium est cum iuramentum nomine alterius est præstandum, & exhibendum, quod nec negari poterit, nec alicubi est controversum, &c. & eum sequitur Azevedo *in l. 1. tit. 2. lib. 4. Recop. & in l. 3. tit. 9. eodem lib. 4. num. 1. in fin.* ibi: *Est tamen notandum, quod si iuramentis hoc nostro Rex est interponendum per partis procuratorem, requiritur, quod habeat ad hoc speciale mandatum, neque sufficeret generale adiurandum etiam cum libera, secundum Covarr. in pract. cap. 20. n. 8. vers. Est tamen hac in re.*

39 Y esta resolucion es tan cierta, y verdadera, que no solo no son contrarios a ella los lugares que se traen por Don Garci-Tello de Eslaba en su *alegacion, num. 22.* sino q̃ antes la cõfirman, porque Morla *in empor. tit. 11. quæst. 4. in fin.* que es donde se cita en contrario, dize, que la practica comun observa, *quælibet instrumenta, vel ab actore, vel à reo posse in iudiciũ produci quocumque litis tempore, vsque ad conclusionem in causa, etiam absque aliquo iuramento: facta verò conclusione causæ, si noviter fuissent reperta iuramento firmetur*, que es lo que dexamos fundado con Covarrub. a quien tambien trae: Y aunque en el fin dize, que *de iure Regni Valentiæ ex Foro 38. sub rubrica de testib. etiam post conclusum in causa, posse produci instrumenta, ne causa pereat ex eorum defectu*, no dize que esto se admita sin juramento, demas de que aunque lo dixera, no podia atenderse contra el estilo, y practica

comun, de que deponen los Autores citados.

40 Y lo mismo procede en el lugar de Aufrerio *in addit. Capell. Tolosanæ, decis.* 14.

41 Y Azevedo *in l.* 1 *.tit.* 9 *.lib.* 4 *. Recop. num.* 3 no prueba que no se observe la forma de jurar, como se dize en contrario, y mas juntando este lugar con el de la *l.* 3 .del mismo titulo, que està en el *fol.* 10 *siguiente*, y esta referido *sup. num.* 36. en que expressamente dize, que se ha de jurar, y que es menester poder especial para esto: Segun lo qual estos instrumentos no se pueden atender mas que sino estuvieran en el pleyto, ni se huvieran presentado, y assi no nos detenemos en responder a ellos por menor, ni a la falta de solemnidad, y demàs defectos que pueden contener.

42 Y queda llano, que ni D. Francisco Garci-Tello ha probado ser hijo de D. Damiana Tello, con que no se puede incluir en la descendencia que pretēde de D. Iuana de Sandoval, y Garci-Tello su marido. Ni D. Pedro Melgarejo tiene cōprobados los instrumentos por donde pretende assimismo descender de Rodrigo Mesia Melgarejo, y D. Maria de Guzman.

43 Y con esto concurre, para mas clara exclusion de la legitimacion de los dichos opositores, la probança hecha por parte de Don Luis Francisco de Guzman, que està en la *Pieça* 5 *. de los autos*, en que concluyen muchos testigos mayores de toda excepcion, de edad, y particular trato, y conocimiento de las familias, que de Don Francisco Melgarejo, primer llamado, ni de la Marquesa de Cardeñosa no ay descendiente, ni pariente alguno: y que Don Pedro Melgarejo, ni Don Francisco Garci-Tello, no lo eran tampoco, ni se trataron, ni comunicaron como tales, la qual probança es concluyente, y legitima, porque aunque parezca denegativa, siendo cohartada a ciertas personas, y sugetos, habet implicitam affirmativam, qua probata, se-

sequitur probatio negativæ, vt considerat Cinus *in l. actor, col. 3. in princip.* vers. *Secundus est, C. de probat.* vbi ait, quod negativa probatur quando potest aliquid reperiri in affirmativa, quo probato, sequitur probatio negativæ, vt exemplum est in eo, qui negat Titium esse filium suum, nam probando rationes ex quibus excludatur cohabitatio cum vxore de tempore conceptionis, probatur negativa, quod non est filius, *gloss. in l. 2. ff. de probat. & gloss. in cap. bonæ memoriæ el 1.* in verb. *Per rerum naturam*, versic. *Si autem adijciatur tempus, de elect.* & ibi Abbas, *num. 13.* Ioann. de Imol. *in cap. 3. loco*, vers. *Tertiò nota, quod negativa, de probat.* Vbi quod negativa coarctata ad factum certarum personarum probabilis est, quia habet implicitam, vel inclusam afirmativam, quos ad hoc refert, & sequitur Fulvius Pacianus *de probat. lib. 1. cap.* 40. *num. 1. & 2. & cap. 42 num. 12* & clarius *cap. 48 n. 5. & 6.* vbi ex Bart. & Saliceto *in l. nemini licere in 3. notabili, C. de advocatis divers. iudic.* probat quod creditur asserentibus negativam, quando cognitio eius habetur ab eis veluti ad probandum quem non esse de Collegio creditur Collegiatis, quando hoc ipsi dicũt, & in probatione negativæ, quod quis non descendat ex conversis, neque penitentiatis per Sanctum Officium ad probationem puritatis sanguinis, cum pluribus comprobat, & exornat Escobar *de puritate sang. 1. p. quæst. 4. §. 3. num. 66.* Con que queda concluido el primer articulo de la exclusion de los derechos por donde pretenden incluirse los opositores para proponer la demanda de tenuta, y por el consiguiente, assegurado Don Luis Francisco de Guzman en su possession, y derecho.

AR-

44 LA materia de este Articulo se reduce a inquirir, si las palabras de la disposicion de D. Pedro de Guzman, hecha en favor de D. Francisco Melgarejo de Guzman su primo, inducen fundaciō de fideicommisso, ò mayorazgo perpetuo, y absoluto para todos los de la familia del Fundador, ò de Don Francisco, llamado, ò solo limitado, y restringido à los hijos, y descendientes de D. Francisco.

45 Y en nuestro primer papel desde el *num.* 8. se proponen siete medios para comprobar aver sido, y ser la disposicion limitada a D. Francisco Melgarejo, y sus hijos, y descendientes, y la Marquesa D. Francisca de Cespedes se ha de entender ser la vltima de los llamados, en quien quedaron los bienes libres, y que pudo disponer de ellos, que todos en sustancia se reducen a que aunque en la disposicion el Fundador vsò de la palabra *Vinculo, y Mayorazgo*, si los llamamientos son limitados a cierta, y determinada persona, y a sus hijos, y descendientes, en el vltimo de ellos cessa el gravamen de mayorazgo, prohibicion de enagenacion, y las demàs claululas cōcernientes a esto, y quedan los bienes libres para que pueda disponer de ellos, y que en este caso el Fundador no entrò haziendo, ni instituyendo mayorazgo absoluto de sus bienes, con prohibicion de enagenacion, y las demàs clausulas ordinarias, en el qual caso, aunque solo llame a ciertas personas, la ley suple los demàs llamamientos en todos los de la familia, sino que la clausula dispositiva de la fundacion fue instituir por su heredero a Don Francisco Melgarejo su primo (como luego se ponderarà) y que el añadir que fuesse condicion de que lo que quedare de sus bienes lo huviesse por via, y titulo de vinculo, y mayorazgo, y despues su hijo mayor, y de-

màs

màs deſcendientes, fuè ſolo para que ſe conſervaſſen en ellos, y dar ſimilitud a la ſuceſsion entre los llamados, mas no eſtender la volũtad a los demàs de la familia, y mas ſiendo clauſula depẽdiẽte dela primera de la inſtitucion; que fue la principal intencion del Fundador, y no de fundar mayorazgo de ſus bienes, que tãbien lo declara con añadir, que los goze como vſufructuario durante ſu vida; calidad que no conviene al que es ſuceſſor de mayorazgo.

46 Las quales razones, y medios ſe fundan en el dicho papel muy doctamente, y ſe exornan, y comprueban con grande erudicion, ajuſtandoſe todas las propoſiciones a nueſtro caſo, y terminos.

47 Y aſsi en eſte ſolo ſe procurarà ſatisfacer a lo que aora ſe dize en razon deſte punto por los Abogados contrarios, moſtrando que no puede obſtar a aquellas reſoluciones.

48 Lo primero, y principal que ponderan los Abogados contrarios el de Don Pedro Melgarejo deſde el *num*.8. y el de Don Franciſco Garci-Tello deſde el *num*.28. para excluir la pretenſion de D. Luis Franciſco de Guzman, es las palabras de la diſpoſicion, dõde dize Don Pedro de Guzman, que Don Franciſco Melgarejo ſu primo lo que quedare, y reſtare de ſus bienes lo aya por via, è titulo de vinculo, è mayorazgo, que haze, è inſtituye de ſus bienes, haziendo fundamento en que la palabra *Vinculo, è Mayorazgo* por ſi ſola es baſtante para inducirle perpetuo, y comprehẽder todas las ſubſtituciones de los de la familia, neceſſarias para ello, y ſuplirlas, ſiendo el principal Autor para eſto (aunque traen otros que le ſiguen) el ſeñor Doctor Luis de Molin. *lib*. 1. *cap*. 4. *n*. 13.

49 Y verdaderamente eſta doctrina del ſeñor Molina no ſe puede alegar, ni entender con la generalidad, y latitud que ſe trae en contrario: y para mayor

yor claridad de la materia se deben distingui. do. sos.

50 El primero, quãdo el Fundador en el principio de la disposicion entra diziendo, que quiere hazer, y haze mayorazgo, ò vinculo de sus bienes, y luego passa a hazer llamamientos, y substituciones de sus hijos, ò parientes, ò de algunos dellos; y en este caso corre la doctrina del señor Molina, de que queda fundado mayorazgo perpetuo, y absoluto para todos los de la familia, assi llamados, como no llamados, supliendo la ley los llamamientos que omitiò el testador.

51 Y el segundo, quando el testador entra gravando los bienes, ò herencia, y haziendo algunos llamamientos, y refiere, y restringe la disposicion a alguna, ò algunas determinadas personas, ò lineas, y despues propone, y pronuncia la palabra, *Hago Mayorazgo*, que en este caso no se estiende la disposicion vltra de los llamados.

52 Y en esta forma, y con esta declaracion dizen los Adicionadores al señor Molina, *d. n.* 13. que han visto seguirse, y practicarse su doctrina, como cõsta de sus palabras, que estan puestas *in* 1. *allegat. num.* 15.

53 De suerte, que quando en el principio, y proemio de la disposicion (que es el que influye en toda ella, y la declara, *l. fin. ff. de hæred. instit.* vbi DD. y de dõde se colige la voluntad, *l. item quia*, §. *vlt. ff. de pactis, l. cum hi, in princip.* vbi Bart. *ff. de transact.* cũ alijs adductis a Mieres 2. *part. quæst.* 6. *num.* 194. & 195.) grava sus bienes, y los sugeta a que sean de vinculo, y mayorazgo, aunque no cumpla todos los llamamientos necessarios para su perpetuidad, la ley los haze, y suple; y la razon es clara, porque como en està materia la voluntad del testador es la que se debe atender, y rige, y govierna la disposicion, como ley precisa de ella,

ella(*l. si in conditionibus, ff. de conditione, & demonstr. l. vel negare, ff. quemadmodum testamenta aperiantur, l. 1. C. de Sacros. Eccles. Authent. de nuptijs, §. secundũ, vers. disponat*, Domin. Molin. *de primog. lib. 1. cap. 4. num. 19.* Mantica *de coniectur. ultim. volunt. lib. 3. tit. 3. à num. 1.* ubi benè comprobit, & ita in principio ait: *Porrò inter omnes constat testatoris voluntatem in primis servare oportere: ea enim tanquam Regina primum locum tenet, & in omnibus dominatur*, cum latè traditis ad Domin. Valenç. Velazquez, *cons. 105. num. 1. & 2 tom. 2.* Paulo Duran *in tract. de condit. & modis impossibilibus à iure prohibitis, 2. part. cap. 1. n. 6.* Ganaverr. *decis. 2. n. 28. & cons. 5. n. 65.*) se reconoce su animo de querer hazer mayorazgo absoluto: y assi justamente suple la lei lo necessario para su conservacion, y perpetuidad.

54 Y no lo obra esto la palabra *mayorazgo*, ò *vinculo* de per se (como se toma por los Abogados contrarios) sino la intencion, y voluntad del testador.

55 Y nuestra disposicion no se ajusta a este caso, sino al segundo en que la palabra *vinculo*, ò *mayorazgo* no està puesta al principio, ò proemio de la fũdacion, sino despues de hecha la institucion de heredero en su primo con que se vè, que no fue la principal intencion, y animo de Don Pedro de Guzman hazer fundacion de mayorazgo absoluta, y perpetua para todos sus parientes, sino solo restringida, y limitada a Don Francisco Melgarejo su primo, y sus descendien dientes.

56 Y esto es en conformidad de la doctrina del mismo señor Molina, *lib. 3. cap. 5. num. 18.* donde para inducir mayorazgo absoluto de agnacion, distingue dos casos. El primero: *Quando maioratus institutor simplicitèr, & absolutè maioratum causa conservanda*

dæ agnationis instituit en el qual resuelve: *Ex idētitate rationis dispositionem de casu ad casum trahendam esse.* El segundo: *Quando hanc rationem conservandæ agnationis maioratus institutor, certis personis, seu gradibus adiecit; veluti quando dixit, volens agnationem in persona titij, & descēdentium suorum conservare, vel simile*; y en este prosigue: *In quo casu dicendum erit conservationem agnationis ad personas nominatas restringendam, nec ad alias personas ex rationis identitate extendendam esse*, trayendo por formal para esto el texto en la *l. quæ conditio, ff. de condit. & demonstr.* y sus palabras, ibi: *Quæ conditio ad genus personarum non ad certas, & notas personas pertineat, eam existimamus totius esse testamenti, ad eam, quæ ad certas personas accomodata fuerit referre debemus ad eum dumtaxat gradum, quo hæ personæ institutæ fuerunt*, & alijs Authoribus cō probat: Para lo qual es tābiē formal el texto en la *l. liberorum, in principio, ff. de verbor. signific.* (aunq̄ no le trae el señor Molin.) ibi: *Toties enim leges necessariū ducūt cognationum singularum nominibus uti, veluti filij nepotis, pro nepotis, cæterorumvè, qui ex his descendūt quoties non omnibus; qui post eos sunt præstitum voluerint: sed solis his succurrent, quos nominatim enumerent; at vbi non personis certis, non quibusdam gradibus præstatur; sed omnibus, qui ex eodem genere orti sunt liberorum apellatione comprehenduntur.*

57 Et præter ibi adductos eandem distinctionem sequuntur, & exornant Fusarius *de substitutionibus, quæst.* 458. *n.* 15. & *quæst.* 479. *n.* 108. & *quæst.* 480. *n.* 29. Surdus, *cons.* 554. *n.* 42. Monachus *de recta fæudor. interpretat. cap.* 40. *ex num.* 76. Don Iuan del Castill. *lib.* 2. *controv. c.* 4. *n.* 128. vbi alios plures refert Ioseph. Ram. *cōs.* 100. *n.* 147. que assi esta doctrina, como la declaracion, y moderacion con que entienden la primera del *libr.* 4. *n.* 13. los Addicionadores ibi, cō

pre-

prehenden, y abrazan todo nueſtro diſcurſo, y conuẽcen formalmente las razones contrarias; pues no ſe puede negar que aqui no entrò D. Pedro de Guzman haziendo mayorazgo de ſus bienes, y llamando luego a D. Frãciſco Melgarejo, ſino que primero hizo la inſtitucion de heredero de heredero de todos ellos en el dicho Don Franciſco; y luego dixo que lo huuieſſe por via de vinculo: con que aun quando ſe huvieſſe de eſtar a eſta palabra, no la puſo abſolutè, neque principalitèr, ſino reſtringida a Don Franciſco Melgarèjo, y ſus deſcendientes, como ſe ve en toda la clauſula que eſtà dada de porſi: y aſsi no ſe pondera por no alargar, y porque no puede eſtenderſe a mas.

58 Lo qual ſe haze mas llano con algunas cõſideraciones, y circunſtancias particulares de nueſtro caſo, a que no convienen, ni pueden convenir las doctrinas contrarias, ni lugares que para ello ſe traen.

59 La primera es, que aun tomando la doctrina del ſeñor Don Luis de Molina, *lib.* 1. *c.* 4. *n.* 13. prout ibi iacet la queſtion principal q̃ propone, y ſobre q̃ cae la reſoluciõ del *num.* 13. es: *An is, qui ex bonis proprijs maioratum inſtituit ad eiuſque ſucceſsionem filiũ ſuum primogenitum, atque eius deſcendentes invitavit, nec al ias vocationes aliorũ filiorum, nec deſcendentium adiecit, cenſeatur velle ea bona ſoli filio in cuius perſona primogeniũ inſtituit, ac eius deſcendẽtibus iure maioratus pertinere, eiſque deficientibus bona ipſa libera futura eſſe? An cenſeatur voluiſſe, vt eis deficientibus in his bonis inter alios filios, ac deſcendentes eiuſdem inſtitutoris iure maioratus perpetuo ſuccedatur?* De ſuerte, que habla quando el teſtador al principio entra fundãdo mayorazgo de ſus bienes en ſu hijo mayor, y ſus deſcendientes, ſin paſſar a llamar a los demàs hijos, ni a los ſuyos.

60 Y en nueſtro caſo, ni entra haziendo mayorazo de ſus bienes, ni eſtos los dexa a hijo ninguno, ſino a vn tranſverſal, que ni èl, ni ſus deſcendientes lo ſon del fundador: y aſsi ſe vè, que la reſolucion del ſeñor Molina no puede aplicarſe a eſte caſo.

61 Y aun en el caſo propueſto por el ſeñor Molina, que no pueda proceder ſu reſolucion quādo el mayorazgo no es abſoluto, ſino limitado, lo nota con particularidad con Mieres, y otros Franciſcus Miger, Ciriacus, *controverſ.* 281. *n.* 62. porque aviendoſe opueſto en el *num.* 61. la doctrina del ſeñor Molina *in dict. cap.* 4. *& cap.* 6. y de otros que le ſiguen, dize: *Namque obiectum procedit vbi ex alijs non apparet diſpoſitionem eſſe limitatam ad certos gradus, perſonas, vel caſus, vt reſponderunt in terminis Ruinus, conſ.* 115. *volum.* 3. *Surdus, conſ.* 448. *per tot. maximè ſub. n.* 15. *&* 21. *latè Dom. Bardel. conſ.* 95. *per totum, maximè ſub num.* 16. *&* 17. *Molina enim ipſe non negavit poſſe fieri primogenituram limitatam, & eius doctrina loquitur in diſpoſitione ſimplici indefinita, quando autem eſt limitata reſtringitur iuxta caſus diſpoſitos, Pelaez de maiorat. part.* 2. *quæſt.* 6. *num.* 102. *in antiqua impreſſione in nova eſt, n.* 497. *nec diffitetur, Molin, lib.* 3. *c.* 5. *num.* 18.

62 La ſegunda conſideracion, y circunſtancia es, que aun quando fuera corriente, y ſin contradicion la doctrina del ſeñor Doct. Luis de Molina, procede, como ſe ha dicho, en los deſcendientes del fundador, y no puede paſſar la ſucceſsion a ſus parientes tranverſales; porque en el vltimo de los deſcendientes eſpira, y ſe acaba el gravamen, y ſe hazen bienes libres, para que pueda diſponer de ellos en quien quiſiere, como lo prueba Gregorio Lopez *in l.* 2. *tit.* 15. *partit.* 2. *gloſſ.* 18. *quæſt.* 1. poſt medium, vbi ita ait: *Si quis faceret maioriam in filium maiorem, & in ipſius defectū*

in

in alium filium, & sic in alios filios, & eorum descendentes, si contingat, quod omnes moriantur expirabit maioria, neque succedet frater constituentis maioricatum, vide textum, & ibi Bald. in §. his vero, de successione fratr. & quod notat Bald. in §. hoc quoque, de success. feudi, col. 1. vers. Et nota pro intellectu: Erunt ergo in vltimo bona libera, & possit ea, cui velit relinquere. Que es formalmente lo que sucediò en nuestro caso; pues se hizo el mayorazgo en Don Francisco, y en sus descendientes, todos los quales se acabaron en Doña Francisca de Cespedes: Y assi se acabò el vinculo, y gravamen y no pueden succeder, como pretenden los transversales, ni parientes del fundador, ni de los llamados: Y assi justa, y legitimamente se puede sacar en favor de D. Luis Francisco de Guzman la conclusion que alli infiere Gregorio Lopez: *Erunt ergo in vltimo bona libera, vt posit ea cui velit relinquere,* quē in hoc sequitur Angulo *de meliorat. l. 11. gloss. 11. num. 9.* vbi pluribus comprobat, *& num. 14.* ita ait: *In casu tamen nostræ quæstionis planius concedemus maioratum non transire ad alios filios, aut transversales testatoris, sed contineri intra filium, & eius descendentes expressè vocatos.*

63 La tercera consideracion, y mas propria de los terminos de nuestro pleito es, que en ellos Don Pedro de Guzmā, no solo no entrò haziē do fundaciō de mayorazgo absoluta: y que mirasse a los bienes, q̃ es el caso primero en que habla el señor Molina, *d. n. 13.* y en que se ha discurrido, sino que entra haziendo institucion de heredero en Don Francisco Melgarejo su primo: y diziendo, que quiere que goze de ellos, como vsufructuario por los dias de su vida, en la forma que se pondera, y comprueba mui bien *in 1. alleg. à num. 20.*

64 Para lo qual en estos terminos añado, que es-

esta question la propone el señor Doct. Luis de Molina, *in eodem cap.4.num.30.vers. Hæc autem omnia*, dõde distingue, quando el fundador *ex bonis suis indefinite maioratum instituit, absque aliqua descendentium, vel transversalium vocatione, vel quando maioratum ex bonis suis institués ad eius successionem filium suum, aut eius descendentes solum vocaverit, vel aliquas speciales vocationes fecerit*; que entonces dize, que como la fundacion se haze en los bienes es real.

65 O quando la fundacion no se dirige a los bienes, sino a ciertas personas individuandolo en nuestro caso, his verbis: *Sed quando maioratus institutio principalitèr non ad bona, sed ad certas personas dirigastur; prout quando eiusdem institutor reliquit aliqua bona titio, ac eius descẽdentibus, vt illa iure maioratus posideant, vel maioratum in persona titij, ac descendentiũ instituit*, que es lo formal de nuestra clausula, ibi: *Nõbro, instituyo, y señalo por mi heredero a Don Francisco Melgarejo de Guzman mi primo, con tal cargo, y condicion, que aviendo cumplido este mi testamento, lo que quedare, y restare delos dichos mis bienes, lo aya por via, y titulo de vinculo, y mayorazgo, que yo hago, è instituyo de los dichos mis bienes, y goze dellos, como vsufructuario del dicho Don Francisco, por los dias de su vida: y despues de su vida, aya los dichos bienes por la dicha via, y titulo de mayorazgo su hijo mayor.*

66 Y aunque el señor Doctor Luis de Molina, aviendo en el *num.31.* propuesto la resolucion de que esta fundacion solo se ha de restringir a las personas nombradas, y comprobadola, en el *num.32.* sigue lo contrario, para que se juzgue hecha la fundaciõ en favor de la familia de todos los llamados, y lo comprueba en los numeros siguientes, queriendo esforçar ser lo mismo fundar el mayorazgo absolutè à principio, ò dexar los bienes a vn tercero, y sus descendien-

tes,

tes, vt ea iure maioratus possideant: y el mismo concepto sigue en el *num.* 37. poniendo mas clara la question de si se deben admitir los transversales.

67 Esta resolucion està impugnada por Palacios Rubios, y otros que refiere, y sigue Mieres *de maiorat. 4. part. quæst. 29. num. 17.* vbi ita ait: *Ex quibus omnibus non semel dubitavi de opinione doctissimè Molin. lib. 1. de primog. cap. 4. num. 31. fol. 25. & iterum, num. 37. vbi conatur probare, quod constitutio maioratus potest egredi personas non nominatas, & quod si quis faciat maioratum, an aliquem, & eius descendentes tantummodo licet in eorum defectum non vocaverit transversales, si deficeat linea descendentium successio defertur ad proximos consanguineos per rationes, quas ibi adducit, quæ mihi non satisfaciunt, & contra eum faciunt, quæ idem scribit dict. cap. 4. num. 1. cum seqq. & cap. 5. num. 37. Nec Episcopus Covarr. quem citat lib. 3. resolut. cap. 5. num. 2. & 3. aliquid de hoc dicit, & istam opinionem contra Molinam, videtur tenere Ioannes Lopius in repet. cap. per vestras, notab. 3. §. 26. num. 20. pag. 496. Burgos de Paz in conf. 34. n. 35. Peralta in l. 3. §. qui fideicommissam, num. 55. & 56. ff. de hæred. instit.*

68 Y demàs de Mieres traen los Adicionadores al señor Molina *d. lib. 1. cap. 4. num. 38.* otros ocho Autores, que tambien le impugnan: Y aunque ellos en el mismo *num.* 38. sienten, que la verdadera resolucion es, que la institucion del mayorazgo non solùm simpliciter, & absolutè facta, verùm etiam contemplatione certarum personarum, nedum ipsas personas nominatas, sed etiam transversales comprehendit; esto no es contrario a nuestra resolucion, porque ellos mismos en el *num.* 39. (que es donde el señor Molina pone su opinion) la declaran, y siguen en la misma forma que dexamos fundado, his verbis: *Sed quidquid in*

fideicommissis alij teneant ubi dispositio sit per verbum maioratus Authoris sententia verior est, & receptior cum moderamine, de quo sup. num. 13. y lo comprueban con Paz, Matienço, y Azevedo, que es la moderacion, y distincion que pusimos *sup. num.* 50. de empeçar el testador haziendo fundacion absoluta de mayorazgo, y luego hazer los llamamientos.

69 Lo qual no procede en nuestro caso, que no solo es el segundo de la distincion, sino mas facil, porque aun en él lo principal es la institucion de heredero, que no ay en la question del señor Molina, ni de los q̃ le impugnan; conq̃ es mas llana, y corriente la resolucion de que el gravamen que le puso a D. Francisco Melgarejo, de que gozasse lo que quedasse, y restasse de sus bienes, cumplido su testamento, por via, y titulo de vinculo, y mayorazgo, repitiendo esto para despues de sus dias en su hijo mayor, y sus descendientes, no deba salir, ni estenderse a mas que los llamados; de suerte, que los transversales no puedan tener derecho a ello. Con que se satisface a las autoridades que se traen en el papel de D. Pedro Melgarejo desde el *num.* 13. hasta el 19. en que se ponderan las palabras del *num.* 38. de los Adicionadores del señor Molina *dict. cap.* 4. omitiendo las del *num.* 39. que quedan ponderadas, y tambien a la alegacion de D. Francisco Garci-Tello, *a num.* 28. *usque ad* 30. inclusivè.

70 Y a los lugares, y comprobaciones que para esto se traen *in* 1. *alleg. d. num.* 20. se añade aora la *decis.* 203. de Farinac. *tom.* 2. *recent.* donde se propuso, y resolviò en nuestro favor la misma question de este pleyto, porque en el caso de ella el testador en primer lugar dexò sus bienes a su muger, nõbrandola por heredera dellos, y mandãdo, que los restituyesse despues de sus dias a Estevan, y Francisco sus hijos legitimos, y naturales, y al que al tiempo de su muerte sobrevi-

vie-

viesse, y a los hijos del predifunto, si quedassen varones: y dexando hembras, por via de institucion, dexò à cada vna de ellas mil florines, y despues prohibe la enagenacion, diziendo, que lo haze por conservar los bienes en su linage, y llama los descendientes de los dichos hijos, a los quales grava, que aviendo hijas les den mil florines: y aviendo sucedido en los bienes afectos con el dicho gravamen Estevan, y dexado vn hijo llamado Francisco, nieto del testador, se dudò si este podia disponer de los bienes como libres, por ser el vltimo de los descendientes varones, ò si podian entrar las hembras; y auiendo pronunciado el Iuez inferior en su favor, mandandolas dar possessión de los bienes del fideicommisso, y apeladose a su Santidad, cometida la causa al Auditor Mançanedo (cuya es aquella decision) dize, que la Rota Revocò la sentencia del inferior, declarando, que el dicho D. Francisco pudo disponer de los bienes como libres, no obstante la prohibicion de enagenacion absoluta por la dicha causa, y otras clausulas que avia, que tambien inducian fideicommisso perpetuo, dando por principal fundamento, que la linea de los Varones llamados faltava en el dicho Francisco, y que asi tenia lugar la regla de que el fideicommisso cohartado a ciertas personas, y lineas, en faltando ellas se acaba; que para que se reconozca quan en terminos es el caso, lo pone de esta suerte, *num.* 2.

71 *Nam testator primo loco mandavit bona ista per vxorem suam sibi universalem hæredem institutam restitui Dominis Stephano, & Francisco filijs suis legitimis, & naturalibus, & illi qui tunc superesset, & liberis prædefuncti, si masculos reliquisset; si verò filias relinquere contigisset iure institutionis, cuilibet earum legavit mille florinos.* Y concluye la decision con estas palabras: *Quo casu deficientibus masculis dicendum*

dum est, tam ex testatoris voluntate fœminas non admittente, quam ex iuris dispositione bona apud vltimũ masculum fideicommissi possessorem libera remansisse, ipsumque de illis, tanquam de liberis disponere potuisse, ex supra adductis: De suerte, que aunque auia prohibicion de enagenacion absoluta, y clausulas generales, capaces de cõprehender fideicommisso perpetuo, en el qual caso, aunque huviera razon de querer conservar agnacion, se debieran admitir las hembras, porque no se extinguiesse el fideicommisso, ex D. Molin. *lib.* 1. *cap.* 6. *num.* 22. Castillo *cap.* 143. *num.* 6. sin embargo obrò la resolucion contraria; principalmente el estar restringidos los llamamientos a las personas, y lineas de los hijos solamente, *num.* 1. ibi: *Domini pro illius informatione responderunt illo potissimo fundamento, quod ad huiusmodi fideicommissum nullatenus fœminæ, sed tantum masculi fuerint vocati, & quod illas linea omnino defecerit in Francisco filio Stephani, & nepote testatoris, vnde intrat regula, quod fideicommissum ad certas personas, lineas, seu gradus coarctatum illis deficientibus expirat, & poterunt liberè bona illius ab vltimo vocato alienari, &c.* que es lo que aqui hizo legitimamente la Marquesa D. Francisca de Cespedes.

72 Y demàs de no entrar D. Pedro de Guzman haziendo fundacion de mayorazgo de sus bienes, que es lo que el señor Doct. Luis de Molina, y los q̃ le siguẽ requieren por principal fundamento, sino que la entrada es de vna institucion de heredero, faltan tambiẽ en esta disposicion todas las demàs razones de que se pueda sacar voluntad de hazer mayorazgo perpetuo, como dezir, que quiere que se conserven los bienes en su familia, o imponer a los sucessores gravamen de armas, y apellido, ò otras semejantes, como se ponderò en la dicha decision, *num.* 3. y lo advierten, poniendo se-

ſemejantes clauſulas que inducen mayorazgo, ò fidei commiſſo perpetuo, Dom. Molina *de primogen. libr. 1. cap. 5. à num. 1. & per totum*, Giurba *de ſucceſs. feud. §. 1. gloſſ. 8. ex n. 24.* vbi colligit duodecim circunſtã cias inducendi maioratum perpetuum, Suelves *conſ. 43. ex n. 46. vſque ad 60.* qui recenſet terdecim conie ctturas fideicommiſsi perpetui, Palma Lucenſis, *conſ. 35. n. 60. cum ſeqq* vbi plures refert Barboſ. *vot. 72. p. 2.* Caſtillo, *tom. 5. controv. cap. 93. §. 2. & §. 6. n. 6. & §. 16.* vbi plures cumulat.

73 La quarta conſideracion es, que todos los Autores que ſiguen por mayor (y ſin declarar, ni diſtin guir la materia) al ſeñor Doct. Luis de Molina, y los q̃ ſe traen por los Abogados contrarios para ſu compro bacion, ſe deben entender, y entienden, mirados con atencion, en el primer caſo de la diſtincion hecha *ſup. n. 50.* y no pueden entenderſe en el ſegundo por las ra zones dichas, q̃ todas sõ claras, y ajuſtadas al derecho.

74 Y no ſe puede dexar de hazer memoria aqui de la *deciſ. 60.* de Don Franciſco Geronimo de Leon *tom. 1.* aunque ſe trae *in 1. alleg. n. 22.* y en otros; porque en ella ſe entrò haziendo por Doña Beatriz de Borja, fundadora, inſtitucion de heredero en Don Ro drigo de Borja ſu ſobrino, primer llamado, y aun- que deſpues hizo vinculo, y puſo otras clauſulas in- ductivas de fideicommiſſo perpetuo, ſe determinò ſer bienes libres en el vltimo de aquella linea, que es deci ſion muy formal para eſte pleito, y por no alargar no ſe pondera mas.

75 Y ſegun ellas, en el caſo ſegundo, es llana la reſolucion, de que in vltimo ex vocatis per teſtato rem manent bona libera, *l. qui ſolidum, §. Prædium, l. cum pater, §. libertis, ff. de legat. 2. l. pater filium, §. fun- dum, ff. de legat. 3. l. quoties ab omnibus, C. de fideicom- miſs.* Decius, *conſ. 182.* Peralta *in l. 3. §. qui fideicommiſ*

 ſam,

ſam,*num.*55.*de hæredib.inſtit.* Meneſes *in l.voluntas, num.*27.*C.de fideicommiſs.* Burgos de Paz *in proœmio legum Tauri,num.*97.*& conſ.*34.*num.* 35. & Paz Iunior,*quæſt.*2.*civili,num.*50. Angulo *de Meliorat.in l.* 11.*tit.*6.*lib.*5.*Recop.gloſſ.*11.*n.*5. D.Molin.*de primog. lib.*1.*c.*8.*n.*24.*& lib.*3.*c.*2.*n.*24. Mier. *de maiorat.* 4. *p.q.*29.*in princ.* Fuſar.*de ſubſtit.q.*551.*& q.*735. Alto grad.*conſ.*96.*n.*7.*&* 9. vbi quod deficientibus ſubſtitutionibus remanent bona libera,& vltimus de eis poteſt diſponere, *& n.*52. Caſan.*conſ.*29.*n.*30. Bellus,*cõſil.*45.*n.*1. Ciriac.*controv.for.controv.*142.*n.*27. Peregrin.*de fideicomm.art.*52.*n.* 2. *& ibidem* Cenſal eius additionator *in prin.* verſ. *Obſervo*, Giurb.*de fæudis,*§. 2.*gloſſ.*13.*n.*96.*col.*4.*illius*, verſ. *Sic in fideicommiſſo*, y ſino es en eſta forma nunca pudiera tener lugar eſta propoſicion.

76 Y no es neceſſario, que ſe diga expreſſamente, que el vltimo pueda diſponer, porque baſta, que ſegun la voluntad, y diſpoſicion reſtringida a ciertas perſonas, y lineas, ſea el vltimo de los comprehendidos en los llamamientos hechos por el teſtador, para que pueda hazerlo, como lo prueban los textos que quedan referidos, ſin que ellos, ni los autores requieran la circunſtancia de que ſe diga expreſſamente.

77 Y tampoco importa la ponderacion que hazen los Abogados contrarios de las palabras de la clauſula del teſtamento de Don Pedro de Guzman, ibi: *Para ſiempre jamàs, y en todo tiempo, y ſiempre*, de que quieren inducir ſer mayorazo perpetuo para todos.

78 Porque ſe reſponde, que todas eſtas palabras ſe reſtringen a la diſpoſicion, y llamamientos en ella hechos, *Clement.* 1.*de præbendis, & dignitat.* Decius, *conſ.* 636.*num.* 12. y aſsi ſe entienden en la deſcẽcia de Don Franciſco de Guzan, y durando ſus deſcen-

dien-

dientes, Peralta *in statu liberum, §. stichum, num. 3. ver sic. Vnde rectè, ff. de legat. 2.* donde resuelve, que las palabras de perpetuidad no estienden la disposicion, y q̃ el vltimo de los llamados podrà enagenar los bienes, *quia intelligitur perpetuo, id est, extantibus descendentibus quantumcumque tempore superfint,* Surdus, *cons. 554. num. 33. & seqq. volum. 4. & n. 37.* quod clausula quod bona semper stent penés hæredes, & descendentes suos restringuntur ad præcedentes substitutiones, & cum Burgos de Paz, & Simone de Pretis benè Mieres *de maioratu, 4. part. quæst. 29 n. 15. & quæst. 20. n. 268.* vbi ex Rebuffo *in l. nunquam sine liberis, ff. de verbor. signific.* & alijs latè probat Dictionem *Perpetuo,* sumi secundum subiectam materiam, Hermosilla *notis ad leg. 44. tit. 5. part. 5. gloss. 5. n. 15. in fin.* ibi: *Cui resolutioni non obstat Dictio semper, quæ perpetuitatem importat, quia non est novum, quod perpetuũ dicatur, quod durat interim, dum aliquis vicit, l. 1. vbi gloss. & DD. ff. pro socio,* Angul. *de Meliorat. in l. 11. tit. 6. lib. 5. Recop. gloss. 1. n. 14. vbi ex l. 3. §. liberis. ff. de legatis præstandis,* & alijs ita ait: *Dictio enim perpetuo, cũ secundum subiectam materiam variè soleat interpratari, nunquam tamen operatur extensionem vltra personas nominatas:* Y se prueba formalmente *in l. Pater filiũ 38. §. fundum Titianum, ff. de legat. 3.* donde aviendo el testador prohibido la enagenacion de vn fundo que dexava a su hijo por su vida, y añadido luego: *Ita enim fiet, vt fundus Titianus de nomine vestro nunquã exat.* Sin embargo desta clausula tan absoluta, y perpetua responde, que el hijo pudo disponer del en su testamẽto, dexandole a quien quisiesse, sin que los de la familia pudiessen pedirle.

79 Del mismo modo, que aunque la prohibicion de enagenar sea perpetua, dixeron bien los Addicionadores del señor Molin. *d. lib. 1. c. 5. ad n. 7. vers.*

At

At vero, que se restringe: *Et vltra illas personas nominatas prohibitio non progreditur*, y es el fundamento del mismo Autor: *Ne ratio sit amplior dicto, quæ ad personas tantum dirigitur, quibus prohibita est alienatio, & ideo ad alias trahi non debet, est etiam restricta ad casus, quibus facta est substitutio, & sic ad alios non est porrigenda.*

80 De que resulta tener justicia Don Luis Francisco de Guzman, para obtener en esta causa; y que se declare no tener lugar las demandas de tenuta, intentadas en contrario, y que los fundamentos, y autoridades con que se cõprobò *in* 1 .*alleg*. proceden llanamente, y se ajustan a nuestro caso : y terminos, sin que lo puedan embarazar, ni se opongan a ello las doctrinas que se traen por los Abogados contrarios. *Et ita speramus pronuntiandum. Salva in omnibus, & c.*

Lic. D. Diego.
Bolero y Caxal.